(8

DISPUTATIO
De
Contractuum realium Primo
videlicet
MUTUO.

Quam

ASPIRANTE DIVINÂ GRATIÂ
Cum
Conſenſu Ampliſſimi JCtorum Ordinis.

BIBLIOTECA N... ROMA

PRÆSIDENTE
Viro Clariſſimo & Conſultiſſimo
D. ERASMO UNGEPAUER
J. U. D.

In Illuſtri ad Salam Academia
defendet
JOHANNES MÜNCHMAIER
Dracomontanus Sileſ.

Die 27. Novemb.

JENÆ,
Typis HENRICI Rauchmauls.
Anno 1613.

Magnificis, Strenuis & Nobiliſſimis Viris,

Literarum fotoribus celebratiſſimis
Literatorum fautoribus benigniſſimis

DOMINO JOHANNI à Noſtitz in Noes & Strentz &c. Illuſtriſſimorum Ducum Lignitio Bregenſium Conſiliario Ducatusq; Wolavienſis illiq; adjunctæ Diœcœſeos Præfecto.

&

DOMINO BARTHOLOMÆO à Sack & Pirſchen in Wirtzebenna & Wdzünchowa liberi Baronatus Trachenbergenſis Capitaneo

Ejusdemq;

Executoribus Teſtamentariis meritiſſimis digniſſimis.

Dnis meis Mecœnatibus optimis maximis has ſtudii mei Juridici primitias

D. D. D.

Reſpondens.

In Diſputationem

Politiſſimi Juvenis Dni

JOHANNIS MÜNCHMAIERI,

Dracopolitani Sileſii,

Sympatriotæ mei amicabilis.

AUdi Themis; novo fragore jam intonat
Pugnæ ecce buccinator ille Legicæ;
Jam dimicandum eſt: in tui circi aream
Se proripit novus vigente pectore &
Dextrâ calente militator impiger
Münchmaier, ipſis è DRACONUM MONTIBUS
Vectus Dracones & colubros hic ſacra
Usq; ambedentes illa Juris paſcua
Dilancinare geſtit ac diſcerpere.
Aſtræa tu fave; fave Diva ô Dice;
Novellulumq; militem hunc benignius
Exceptum, & omnem per tui belli aleam.
Vectum ac revectum tu potente dextrâ
Poſt monſtra Lernœa atq; devictas HYDRAS
Victorem in intimo loca Palatio
Æternitatis: Euge perge ſic nove
Miles; ſono ſternutat in claro Themis.

Ominabar

Joan. ab Hæckelshoven Junior Breſlâ Sileſius.

UT campo PRIAMI GNATUS *in* ILIO
pugnas MYRMIDONUM *robore maſculo*
inibat, exſuit PARENS *pectore mœſtitiem.*
Sic cordi vapido divide gaudia
MUNCHMEIERE PARENS NESTOREA *regens*
SVADA BARONIS *atria, quem* DRACOBERGA *colit.*

En JANUS *patrii gloria culminis*
in fractis ſubiit prælia viribus
magni parant quæ PRÆSIDES *militiæ* THEMIDOS.
Certantem EUSEBIES LEUCORIS *aurea*
cuſtos eximiâ laude prioribus
adſpexit annis, Jam GENA *militiam celebrat.*
Annon JANE *Viris lumine charior*
doctus, & THEMIDOS *gemmula floridæ*
novos triumphos ſat catus ingenio inſtituis?
Tu Vita peragis tempora puriter.
Tu Muſis roſeas, jungere GRATIAS
calles, ſecundô contrahens turgida vela notho.
Perges EUNOMIES *viſere floridos*
hortos JANE TUIS *reminata porriges*
DOCTORE ERASMO *Præſide, quem* GENA *tota colit.*
Nam plantat ſtudio ſurculum amabilem
irrupto, & CHARITUM *gloria vivida*
& corculum gratum DEÆ LEGIFERÆ *renitet.*
Perges JANE. *Velut guttula crebrior*
telluris lapides excavat, arduus
Sic frangit in legum Scholis aſpera quæq; labor.
Dein certo viridi tempore laureâ
ornabit THEMIDOS *tempora nobilis*
MYSTES, *genis & oſculum figet amicitiæ.*
Tunc inter PATRIÆ *delitias* TUÆ
fulgebis, veluti ſidereo in polo
inter rotunda lumina DIVA *ſilentii amans.*
Et KYNASTIACI *climatis arbiter*
Heroum ſuboles inclyta porriget
labore digna floride JANE *brabêa tuo.*
Sic fies requies ELYSIIS. PARENS
Magnus ſic animo gaudia nutriet.
Sic & petitis adnuet aſtra rotunda movens.

Hoc amicitiæ, converſationis, fraternitatis
monimentum L. M. erigebat Sympatriota

M. Joannes Wetwig Habelsverdanus.

DISPUTATIO DE Mutuo.

THESIS I.

SI ullus eſt contractus, quo res ad neceſſitatem vitæ hujus opportunæ inter homines utiliter communicari, alterq; alterius beneficio & auxilio benignè uti frui poſſit: certè eſt mutuum de quo breviter diſſeram.

THESIS II.

Cum verò rem ſcire ſit per cauſas cognoſcere, præmiſſâ mutui definitione regulam ſequemur. Definio autem mutuum (*a*) quod ſit contractus (*b*) jurisgentium (*c*) nominatus (*d*) ſtricti juris (*e*) quo res (*f*) ea ratione datur, ut accipiens eandem reddat in genere magis quam in ſpecie. (*g*)

(a) *Mutuum quod eſt ſpecies crediti l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. non tam quod ex meo fiat tuum d. l. 2. §. appellata 2. eod. ſimpliciter dicitur mutuum: quam propter reciprocationem quæ eſt in mutuo, Nam quæ reciproca ſunt mutua dicuntur, ut apparet ex l. 1. ff. de don int. vir. & uxor l. 39 ff. ſolut. matrim. Siquidem res mutuo datæ ita à dante conferuntur in accipientem: ut rurſus eædem vel pares ad dantem reciprocentur & redeant.* Donell. *lib. 14. Comment. c. 1.* (b) *princ. Inſt. quibus modis re contrah. obligat.* Vult. *1. J. R. c. 31.* Treutler. *volum. 1. diſp. 20 th. 1. lit.* C. (c) *§. 2. Inſt. de jure naturali gent. & civili. l. jurisgentium 7. ff. de pactis.* (d) *quia cum ad parandam pecuniam ſine quâ commercia non conſiſtunt l. 1. de contrah. empt. contractus hic frequenti apud omnes populos fuit in uſu, facile nomen invenit.* Weſenb. *in Parat. h. tit. n. 9.* (e) *argumento §. 28. Inſt. de actionibus l. ant facta 6 ff.*

de eo quod certo loco, in mutuo enim omnia Arithmeticâ proportione ad æqualitatem eorum quæ data ſunt conferuntur. l. 3. h. tit. (f) *ſcilicet ad mutuum conſtituendum utilis de qua in th. 4.* (g) *d. l. 2. quia mutui uſus conſiſtit in abuſu ut ipſa res individualis reddi nequeat. Cum ergò mutuum ſit rerum fungibilium, neceſſe eſt ut per ſolutionem altera alterius locum ſuppleat, propter qualitatis ac bonitatis identitatem. Nummi verò ii ipſi mutuo dati à debitore, ſi iis non indigeat, creditori rectè ſolvuntur, initium enim non accidens in contractu eſt inſpiciendum,* Schneid: *Inſt. quib. mod. re cont.* Treut. *Vol. 1. diſp. 20. th. 1. lit. G.*

THESIS III.

Cognita definitione ſequuntur cauſæ. Eſt autem cauſa efficiens mutui, conſenſus *(a)* contrahentium & rei mutuatæ interventus. *(b)*

(a) *l. non omnis 19. ff. de rebus credit. & tot. tit. C. eod. Ideoq; ſi aliquis rem alteri quaſi donaturus vel depoſiturus tradat: ille vero tanquam mutuum accipiat, non naſcitur mutui obligatio, cum dominium rei non transferatur, in mutuo transferri neceſſe ſit, ut patet ex l. ſi ego 18. h. tit. Diverſimodè tamen in eo qui ita donat pecuniam, ut rurſum ſibi credatur mutuum conſiſtit, non verò propter juris ſubtilitatem, ſed quia ut loquitur* Julianus *in l. 20. h. tit. videatur benignius.* (b) *princ. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. l. 3. §. 3. h. tit. adeoq; neceſſarium eſt, ut res in continenti tradatur, ut licet ab utraq; contrahentium parte conſenſu contractus ſit initus, attamen ſi res demum ex poſt facto intervenerit mutuatarius eam propter præcedentem ſolum conſenſum accipere, contractumq; implere non teneatur. l. qui pecuniam 30. h. tit. Deinde ut nihil ultra quod datum eſt repeti poſſit. l. rogaſti 11. §. 1 h. tit. Mutuum enim debet eſſe gratuitum, & effectus non debet eſſe major ſua cauſa: neq; donationis titulo propter rationem l. 5. C. de LL. & l. 7. § ait Prætor ff. de Pactis, nec uſurarum nomine cum in fraudem legis uſuras ex nudo pacto producere prohibitum l. 31. l. 41 in fin ff de uſuris Demq;, ut etiamſi chirographo ſe accepiſſe quis ſcripſerit, juris quidem ſubtilitate teneatur, veruntamen non numeratæ pecuniæ exceptionis ope, intra conſtitutum in l. 14. C. de non num pecun. biennium adjuvetur Huc accedit quod creditor non numerans pecuniam eamq; tamen ex chirographo exigens vix poſſit eſſe absq; mala fide arg. c. ult. de præſcript. c. locupletari de R. J. in 6.*

THESIS

Cauſa Materialis eſt res mutuo dantis propria (*a*) quæ pondere, numero & menſura conſtat (*b*) quia in genere functionem ſuam per ſolutionem recipit magis quam in ſpecie. (*c*)

(a) *Alterius enim res mutuo dari nequit, quia dominii translatio eſt maximè neceſſaria, hinc nec fur in rebus furtivis contrahit mutuum. l. nam etſi 13. h.t. interdum tamen limitatur, ut in l. 4. C. ſi cert. pet. expoſita limitationis ratione in l. 21. ff. h.t.* (b) *l. 2. §. 1. h. t. in his enim non reſpicimus rerum corpora, ſed potius quantitatem vim ac valorem l. Titia 87. de legat. 2. l. ſi is cui. 94. §. 1. ff. de ſolut.* Weſemb. *in parat. h. tit. n 11. Diverſum eſt in aliis rebus, utputa animalibus, quæ functionem ſuam non recipiunt in genere, propterea quod licet bos bovi, equus equo in ſuo genere videatur ſimilis: tamen in ipſa individua ſpecie bonitate valore & uſu differunt. Rectè ergò ſaltem in rebus pondere numero menſura conſtantibus, quibus cum* Treutl. *annumeramus Panes, contrahitur mutuum.* (c) *Tanta enim prædictarum rerum eſt ſimilitudo: ut communi rationem dationem, redditionem, ſatisfactionem aliter non præſtent niſi in genere, ideoq; optimè altera alterius vice per ſolutionem fungatur. In mutuo enim eſt abuſus, in ſpecie itaq; res mutuo data reddi nequit: ſufficit igitur ſolutio generalis quæ tantum operatur, ut ea res ipſa quæ uſu conſumta eſt, creditori in effectu reddi videatur.* Weſemb. *d. loco.*

THESIS V.

Cauſa formalis eſt ipſa mutui datio ſeu rei mutuo datæ traditio (*a*) præcedente conſenſu: conſenſu enim & rei interventu, ut dictum, conſtituitur mutuum: deficiente autem alterutro horum, deficit ſeu collabitur contractus. (*b*)

(a) *Quæ eo fiat animo, ut de meo fiat tuum, & rei mutuatæ dominium transferatur in accipientem l. 2. §. creditum l. certi 9. §. numerant 3 h t. Quod ideo fieri neceſſe eſt cum non poſſit qui mutuum accipit, ut velit ſuo jure uti, niſi rem conſumat. Jure verò conſumere aut alienare nequit, niſi dominio rei translato. Nullus enim pro arbitrio de re ſtatuere poteſt, niſi dominus l. in re C. mandat.* Donell. *lib. 14.*

Comm.c.1. (b) *Quod non eſt perpetuum, aliquando enim pendet & ex poſt facto tantum naſcitur mutuum, ut ſi mutuum detur ſub conditione aut ex aliâ causâ l. proinde 8.l.non omnis.19.h t.aut cum error intervenerit, his enim caſibus & ſimilibus ab initio quidem non conſiſtit mutuum, ſed conſumtione rei conciliatur.l. ſi à furioſo 10.l. ſi me & Titium,32. l.19.§. pupillus 1.h.t. unde condictio utilis locum habet, ut tradit* Weſemb. *in paratit.h.t.n.14.per l.4.C. ſi certum petat.* Cujac.*lib: 5. Obſerv. 29.*

THESIS VI.

Cauſa finalis eſt, ut res ita detur utenda, quo mutuatarius per tempus aliquod liberè ea uti poſſit, (*a*) eamq; finito uſu in eadem qualitate & bonitate reſtituat. (*b*)

(a) *Adjuvari enim nos non decipi beneficio oportet, ſi ergo ante uſum rem reſtituere cogeremur, deciperemur potius quam adjuvaremur contra mentem l.17.§.ſicut 3.ff.commodati. Deinde propter vulgatam juris regulam qua dicitur quod non cum ſacco paratus venire debeat creditor l.quod dicimus 105.ff.de ſolut.ſed ſpacium debitori aliquod relinquendum eſt, ut re creditâ commodè utatur.* Weſemb. *h t.n.13.* Fachin.*lib.2.c.51. Nec obſtat quod ubi dies obligationi non eſt adjectus præſenti die debeatur l.eum qui §.quoties ff.de V.O. R. Regulam illam non ſimpliciter eſſe intelligendam, ſed cum quodam temperamento temporis, ſi ſcilicet tanti temporis ſpacium præterlapſum ſit, quo pecunia mutuo accepta in neceſſarium uſum elocata ſit & reſtitutio ſolutioq; commodè fieri poſſit §.ult.Inſt. de inutilib.ſtipulat. & d. l quod dicimus 105.ff.de ſolut.* (b) *Etiamſi de ea expreſſè non ſit conventum: Aliud enim pro alio invito creditori ſolvi non poteſt l 2.§.1.h t. Nummos verò mutuo acceptos in eadem forma & materiâ ſi valor vel auctus vel diminutus fuit debitor reddere non tenetur, ſed ſemper ſolutio facienda eſt ſecundum valorem temporis ipſius contractus, ſiquidem æſtimatio nummorum ſit credita non corpora l.5.ff.de impenſis dotalibus l. planè 34.§.3.De legatis 1.l.quisquis.de legatis 3.l ſed etſi 10.princ.de acceptilationib. l.65.§.1.de V.O.l.1.§.fin.ff.de aur.arg. legato l.unica C.de collat.æris.l.unic.C.de arg.præc.niſi paſſurus ſit damnum.creditor.l.99.ff.de ſolut.*

THESIS VII.

Ex ſæpius dicto principio, nimirum quod conſenſu

ſenſu partium & rei interventu conſtituatur mutuum, ſequitur etiam neminem, niſi qui conſentire poteſt & rerum ſuarum habet adminiſtrationem mutuum dare poſſe: excluditur ergo illinc infans, furioſus *(a)* hinc filiusfamilias, pupillus, minor & prodigus. *(b)*

(a) *Quia eorum nullus eſt conſenſus l ſi à furioſo 12.h.t.* (b) *horum nulla ſine patris, tutoris vel curatoris conſenſu rerum alienandarum libera facultas. §.2. Inſt. quibus alien. licet vel nõ. l. ſi quis 3. §.2. ff. ad SC. Macedonian. l.6. de V. O. Prodigum autem eum nomino qui ſententia judicis pro tali declaratus eſt l. tres tutores 55. in fin ff. de adminiſt. & pericul. tutor. & multis aliis ſimilibus. Hæc omnia ab initio ſubſiſtunt: nam ſi res à prædictis perſonis mutuo data, bona fide ſit conſumpta utilitatis cauſa ex poſt facto naſcitur mutuum & ex eo condictio. l.11. §.2. l. 12. l.19. §.1. h. t. l.56. §.2. de fidejuſſoribus l.81. de jure dot. §.2. Inſt quibus alien. licet vel non. Res autem conſumpta eſſe videtur quando in prædeſtinatum uſum eſt erogata aut pecunia aliæ pecuniæ commixta l. ſi alieni 78. ff. de ſolutionibus* Duarenus *ad h.t. noſtrum. c. 2. circa fin.*

THESIS VIII.

Ut mutuare ita & mutuari nemo niſi patresfamilias puberes & compotes mentis poſſunt. Filius verò familias, ſub quo & nepotes comprehendimus, pecuniam numeratam *(a)* mutuo accipiens, perpetua SC. Macedoniani *(b)* exceptione adjuvatur. *(c)*

(a) *Pecuniam numeratam tantum accipere prohibetur filiusfamilias non vero inire contractum emtionis, venditionis aut permutationis: quia in his neutra contrahentium pars exhauritur: quin potius lucro nonnunquam ejusmodi contractus filiofamilias eſſe poſſunt.* Weſemb. *h t. noſtro. Quod tum demum verum eſt, ſi non fraus aliqua in iſtud SC. propter dictas venditiones aut alios contractus ſit excogitata l. 3. § penult. h. t. Pecuniæ vero datio eſt inſtrumentum ad omnem luxum & nequitiam idoneum l.3. §. is autem h. t.* (b) *Quod num in odium fœneratorum ſit, introductum evidentiſſimè cõſtat ex l.1. in princ. ff ad SC. Macedon. l 40. de condictione indebiti. Huc accedit, reſpectu filiifamilias altera elegans ratio l. final. in §. ipſum, verſ. melius C de bonis quæ liber. Melius, ibi, eſt coarctare juveniles calores ne cupidini dediti triſtem*

 ſenti-

men, ſi ſine voluntate parentis filiusfamilias fide uſſerit, ſolvens non repetit l. item. 7. §. quanquam 10. l. ſed ſi pater 9. §. non ſolum 3 ff. ad SC. Macedonian. contra quemvis creditorem ſive privatus ſit ſive civitas. l. nihil. 15 ff eodẽ, civitas enim hoc loco pro privato eſt. l. eum qui vectigal. 16 ff de V. S. ſive pecunia ſit credita ſub uſuris ſive non l 7 § 9 ſive adhuc ſit exiſtens ſive conſumpta l. 9 § 2. eodem in tantum ut licet filiusfamilias non oppoſita exceptione ad ſolvendum cõdemnatus ſit, tamen SC. beneficio uti poſſit. l. tamen 11. h. t. cujus tanta eſt vis ut nec filiusfamilias ei renunciare poſſit l. ſi quis patremfam. 3. §. is autem ſolus. l item 7. §. mutui 3. ff. h. t. ne quidem juramento interpoſito; argumento l. ult. C. de non num pecun. Mynſing. ad §. illud propriè. Inſt. quod cum eo qui in alien poteſt. eſt.

THESIS IX.

Ceſſat autem nonnunquam hoc SC. vel ratione ipſius dantis vel filiifamilias accipientis vel parentis conſentientis. Ratione dantis, ut ſi creditor ſit pupillus, vel filiusfamilias vel minor, *(a)* ratione accipientis, ut ſi publicè pro patrefamilias habitus fuerit, vel ſe patremfamilias ſimulans creditori perſvaſerit vel paterfamilias factus agnoverit debitum *(b)* vel miles extiterit *(c)*

(a) *l. 3. §. 2. h. t. l. 3. §. 3 eod.* (b) *d. l. 3. in princ. d. t. l. 1. C. eod. l. ult. §. ult. d. t.* (c) *In caſtrenſi enim peculio filiusfamil. fungitur vice patrisfamilias: quia in illud peculium caſtrenſe pater nullum jus habet d. l. ult. C. h. t.*

THESIS X.

Ratione parentis ceſſat SC. ſi filiusfamilias juſſu patris acceperit mutuam pecuniam *(a)* vel parens contractum filii ratum habuerit *(b)* vel filii nomine ſolverit *(c)* vel filius in rem patris pecuniam mutuam verterit *(d)* aut quæ eis incumbit oneribus. *(e)*

(a) *L. ſi permittente 4. C. ad SC. Maced. idem eſt ſi tantum*

ſcien-

ſciente l ſi tantum 12 ff eod. Scientia enim parentis niſi ſtatim accedat conteſtatio de contraria voluntate tantum operatur quantum expreſſus conſenſus. l ſi filiusfamilias 16. ff. ad SC Macedonian. adeo ut licet ex poſt facto ignorante creditore voluntatem mutaverit nihilominus teneatur l. ſed etſi 12. An ſi nepos ex voluntate parentis ſui inſcio vel invito avo mutuam acceperit pecuniam ceſſet SC? Nego ex l. filium habeo 14. h. t. juſſus enim hujusmodi parentis hunc contractum conſolidare non poteſt cum ipſe in ea cauſa ſit, ut pecuniam mutuam invito parente ſuo accipere nequeat. (b) *l. item 7. §. hoc amplius 15. ff. h. t.* (c) *d. §. 15. l. 7.* (d) *d. l. 7. § proinde 12. h. t. cenſetur etiam in rem parentis pecunia verſa ſi filius eo nomine mutuatus fuerit, ut ſororem dotet l. filius familias 17. eod. licet non ab initio eo nomine filiusfamilias mutuam acceperit pecuniam ex accidenti tamen eo contulit. Præſumitur enim quisque in eam rem pecuniam vertere voluiſſe in quam verſa reperitur.* Gothofred. *ad d. l. 17. § 12.* (e) *d. l. 7. §. 13. l. Macedoniani 5. C. h. t. ut ſi filius ſit abſens vel legationis vel ſtudiorum cauſa mutuam autem pecuniam à filio ſtudiorum cauſa abſente acceptam eousque refundere tenetur quousque probabilis modus id in ſubminiſtrando conſvetudinarius non fuerit exceſſus, vel ſe ultra vires patrimonii extendat.*

THESIS XI.

Effectus mutui eſt actio quæ vocatur certi condictio (*a*) generalis, (*b*) competens ex omni contractu, quod certum aliquod petitur, daturque domino qui rem fungibilem mutuo dedit (*c*) contra accipientem (*d*) in id ut rem mutuatam in genere non in ſpecie reſtituat. (*e*)

(a) *princ Inſt. quibus mod. re contrah. oblig. l. 9. in princ. de rebus credit. habet & alia nomina quam plurima ut videre eſt in l 1. in princ. ff de condict. triticar. l. tut. 39. §. neglig. 14. ff. de adminiſtr. & pericul. tutorum l. 5 C. quibus non objic.* (b) *in mutuo tamen magis propria & quaſi ſpecialis eſt condict. certior enim deſignatio fieri non poteſt, quam cum res fungibiles certo pondere, numero, menſura circumſcribuntur quod fit in actione mutui* Weſemb. *in parat. h. t. n. 14. An autem ex contractu innominato competat hæc actio? diſſerit* Treutl. *Vol. 1. diſp. 20 th. 10.* (c) *princ. Inſt. quibus mod. re contrah. oblig. vel procuratore ejus mutuante pecuniam. l. ſi pecuniam 26. ff. ſi cert. petat. vel ſervo*

conſen-

conſentiente domino l.rogaſti 11.§.ſi fugitivus 2.eod. An ſi duo ſint creditores qui mutuam pecuniam ſimul dederint,uterq; habeat actionem in ſolidum adverſus debitorem? Nego ex l. 9. C.ſi cert. petat. niſi hoc prius actum fuerit vel alter ab altero ut agat, habeat mandatum. Duaren.*ad h. t. c.3.* (d) *accipientisq; heredem aut ſi plures fuerint proportionibus hereditariis l.ſtipulationum 2.§.ex his 2. ff.de V.O. ſive ipſe ſive procurator ejus vel inſtitor, vel adminiſtrator mutuũ acceperit l. ſi inſtitutorum 29 ff.de rebus credit.l.civitas 27.eod. Quæritur,ſi in res alienas pecuniam mutuo acceperit debitor an à creditore hac actione conveniri poſſit? Diſtinguo, aut contemplatione alicujus tertii pecunia eſt numerata & actio adverſus accipientem ceſſat, aut nulla habita ad eundem contemplatione data eſt, & creditori actio non denegatur. In mutui enim obligatione quid contrahentes inter ſe egerint conſideratur, non quid debitor cum tertio.* Gothofred.*ad l.3.C.h.t. Nec creditor debitoris ſui debitorem convenire tenetur,niſi in factis ſpecie l. 6. C.de oblig. & Actionib & l.ult,& l.2.C.quand. fiſcus vel privat. debit. l.non adverſus 15. h. t. ratio eſt quod hac actio ſit perſonalis non realis. hac rem & quemlibet ejus poſſeſſorem perſequitur.l.actu 24. ff.de O.& A. Illa non item, ſed perſonam cum qua negotium eſt contractum,dando enim rem mutuo creditor ejus transfert dominium & ſic nullum amplius jus habet in re ſed in perſona cum qua contraxit* Duarenus *d.l.*

THESIS XII.

Ab iſta autem actione debitorem non liberat rei mutuatę interitus ſive culpa ſive caſu fortuito cauſatus, (a) ſi vero ejusdem rei ſpecies plane non reperitur, æſtimationem ejus præſtando liberatur. *(b)*

(a) *L.11.C.ſi cert pet. l.4. ff.eod.quia in lege periculum pro caſu fortuito cum* Treutl. Arum. *& aliis rectius accipiendum puto. Debitor enim mutui genus debet quod nũquam perire poteſt §.2.verſ.& is quidem Inſt.quibus mod re contrah.oblig.L.1.§.4.ff.de O.& A.l.5.§.4. commodati. Neq; enim genera ſunt quiddam materiale,ſed intellectuale quod paſſionem non recipit* Gothofred.*ad d.l.11.C.h.t.* (b) *l.vinum 22. ff de reb.cred.arg.l.1.§.rectiſſimè ver fin.l in interdicto 6.l.ſi vi 15. ff.de vi & vi armata l.meritò 19.eod.l.domus 71.§.qui confitetur 3 ff.de legatis 1. Nov.4.c.3.alias enim cum in mutuo verſetur obligatio dandi non faciendi in ea æſtimatio invicem rei debita ſuccedere non ſolet. l.ubi*

75.§.

75.§.fin.l.7.de V.O.l.in re furtiva 8.in princ.ff.de condict.furtiva. Quid ſi debitor non ſit ſolvendo an propter indebitum incarcerari poſſit? Ita traditur in LL.12.Tab. niſi tamen bonis à debitore ceſſum fuerit, aut debeat mulier.l.1.C.de ceſſ.bonor. Authent.hodie C.de cuſtodia reorum Nov.134.c.9. Et quamvis creditor contra debitorem qui ſolvendo non eſt, nullam actionem habere videatur.l.nam 6.ff.de dolo malo tamen ſi pinguius quiddam debitori poſtmodum acceſſerit, ut dicitur in l.7.C.de ceſſion.bonorum.iterum à creditore usq; ad modum debiti legitimè convenitur.l.7.& l.1.C.d.t.

THESIS XIII.

In præſtanda autem æſtimatione, præcedente obligatione purâ, in judiciis ſtricti juris tempus litis conteſtatæ: in bonæ fidei, tempus rei judicandæ inſpicimus. *(a)* ſi verò de die inter contrahentes conventum fuerit, tanti ea res æſtimatur, quanti ea die fuerit. *(b)*

(a) *L.3.§.2.ff.commodati.l.37.mandati.l.ult.de condict.triticaria. In illis ergo judiciis eousq; coarctatur judicis poteſtas, ut debitorem, quatenus usq; ad tempus litis conteſtatæ fuerit in mora, uſurarum & fructuum nomine condemnet.l.videamus.19.ff.de uſuris.l.cum fundus.3.in princ.ff.ſi cert.pet. In his autem tempus condemnationis ſpectatur. Tanti enim procedit condemnatio, quanti ſcilicet res plurimum fuerit à tempore moræ usq; ad ſententiam.l.ratio.3.§.ſi per venditorem.3.de act.emti & vendit. Rationem diverſitatis aſſignat Bronchor.cent.2.aſſert.19. quod judex in bonæ fidei judiciis ex æquo & bono dari oportere judicet.§.in bon.fid.Inſt.de actionib. at in ſtrictis judex eſt arbitrii ſui impos & ſtrictæ petitioni actoris deſervire cogitur.* (b) *obligatione enim in diem certam concepta, nulla apparet inter contractus ſtricti juris & bonæ fidei differentia. Nam in omnibus æſtimatio ſpectatur, quæ illa ipſa die ſive pluris ſive minoris fuerit: ita ut non augeatur condemnatio, etiamſi litis conteſtationis, aut rei judicandæ tempore res pluris eſſe cœperit.l.ſi Calendis.11.ff.de rei judic.l.hominem.37.mandati.l.ult.ff.de condict.triticaria. Ratio dari poteſt, quod dies ſolutionis ſit pars ipſius obligationis.l.1.§.2.ff.de edendo, & contrahentes illud*

ipſum precium animo tacitè conceperunt, l. quoties. 59. ff. de V. O. ut ſic ex conſenſu & voluntate contrahentium aliud tempus ſpectari nequeat, quàm diei adjecta.

Corolaria.

I.

An mulier in perſecutione dotis anterioribus creditoribus etiam expreſſam hypothecam habentibus præferatur?

N. quidam moti. 1. quod fiſcus & mulier in cauſa dotis pari paſſu ambulant. l. dotis. 9. C. de jur. dot. l. 2. C. de privil. fiſci. Fiſcus autem creditoribus expreſſam hypothecam habentibus non præfertur, l. ſi pignus. 8. ff. qui pot. in pign. 2. propter l. ubi 29. C. de jur. dot. ubi permittitur uxori rei vindicatio rerum dotalium, facultatibus labente marito, contra creditores qui non habent jura priora. LL. conſtituta. 3. Quod privilegia tributa à Principibus non debent in aliorum injuriam retorqueri. l. nec avus. 4. C. de mancip. 4. Quod mulier paciſcendo anterioribus creditoribus nocere nequit. l. filius. 23. C. de pactis. l. transact. 26. C. de transact. Ultimò, quod ſit contra æquitatem. l. 2. C. qui pot. in pign. quæ vult, ut qui prior ſit tempore, potior ſit jure. Econtra communiter affirmant, propter l. in rebus. 30. C. de jure dot. Quæ cum generaliter loquatur, neq; diſtingvat

gvat inter expreſſam & tacitam hypothecam, nec noſtrum eſt diſtingvere. Deinde probat & ipſum elegans ratio, Qui credit in refectionem ædium, is prefertur anterioribus creditoribus expreſſam etiam habentibus hypothecam. ſed ne hic quidem obſtat mulieri in perſecutione dotis. Nov. 97. c. his conſequens. Tandem hæc aſſertio confirmatur ex conſideratione temporum legumlatarum. 1. enim mulier nudum duntaxat privilegium absq; ulla hypotheca habuit. l. quæſitum. 17. §. ſponſa. ff. de rebus author. jud. poſſid. Deinde in rebus dotalibus tacitam eſt conſecuta hypothecam. l. 30. C. de jur. dot. §. in rebus mariti. l. unica. §. ubi plenius. C. de rei uxor. act. Tandem ut pleniſſimè mulieri eſſet conſultum contra omnes creditores tàm expreſſam quàm tacitam habentibus hypothecam, Imp. prælationem in perſecutione dotis indulſit. l. aſſiduis. 12. C. qui pot. in pignor. Mynſing. cent. 4. obſ. 13.

II.

An pupillus ſine conſenſu tutoris naturaliter obligetur?

N. l. 5. §. 1. ff. de aut. tutor. l. quod pupillus. 41 ff. de condict. indeb. l. pupillus. 59. ff. de O. & A. niſi ſit factus locupletior. l. ait Prætor. §. pupillus. 4. ff. de negot. geſt. l. ſed mihi. 3 in princ. ff. commodati. Affirmant quidam per §. præterea novat. Inſt. quibus modis tollitur obligat. l. creditore 42. ff. de jurejur. vel d. l. 3. §. 4 de negot. geſt. in verbis: compenſationem ejus quod geſſit, patitur. Compenſatio enim eſt ſolutio. l. 1. 2. & 3. ff. de

ceſsâ ergo compenſatione, conceditur debitum, ſi non civile ergo naturale. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legatorum, in qua nullam correctionem admittimus. l. Strictus. 95. §. aditio. ff. de ſolut. ubi creditor ſolidum conſequitur à pupillo, probat item contrarius ſenſus. l. obligari. 43. ff. de Oblig. & Action. l. ſi pupillus. 127. ff. de Verb. Obl. & ibi Donell.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

FINIS.